

LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL MAS BENIGNA EN EL RÉGIMEN PENAL CAMBIARIO (A propósito del fallo "Cristalux")¹

POR GUSTAVO ZUNINO

SUMARIO

- I. Introducción
- II. El control de cambios.
- III. Naturaleza de la legislación represiva cambiaria: la aplicación supletoria del Código Penal y la excepción en materia de ley penal más benigna.
- IV. Las normas penales en blanco del denominado "régimen penal cambiario". La jurisprudencia de la Corte Suprema.
- V. La liberación cambiaria dispuesta en el año 1991 y la aplicación del concepto de ley penal más benigna respecto de los hechos ocurridos con anterioridad. La evolución de la Corte Suprema hasta "Cristalux".
 - A. Antes de la reforma constitucional.
 - B. Después de la reforma constitucional de 1994. El principio de ley penal más benigna adquiere jerarquía constitucional. Su alcance en materia de derecho transitorio y para la aplicación de la ley penal más benigna.
 - La doctrina de la sentencia en la causa " Argenflora"
 - La sentencia en la causa "Ayerza". Importancia de las disidencias.
 - La sentencia en "Cristalux"

I.- INTRODUCCIÓN

La importancia de la sentencia de la Corte en la causa Cristalux² que comentamos no se limita a la interpretación jurídica desarrollada, que es impecable y guarda coherencia con anteriores pronunciamientos del Tribunal, que habían sido abandonados en el año 1997.

Tiene además el valor, aunque quizás tardío,

de poner orden hacia futuro en asuntos que iguales entre sí, en el pasado tuvieron sentencias firmes contradictorias. Ello porque los Tribunales de Primera Instancia habían reconocido en múltiples causas la aplicación del principio y frente a esas sentencias, algunos Fiscales la apelaban y otros la consentían. En estas últimas se obtenía una absolución firme. En cambio en los casos que eran objeto de apelación, la Cámara

1. El sumario del fallo "Cristalux" puede ser consultado en la Sección Jurisprudencia de esta revista.

2. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencia del 11 de abril de 2006. C77. XL. RECURSO DE HECHO. "Cristalux S.A . s/ley 24.144"

Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, generalmente rechazaba la aplicación del principio e imponía las penas correspondientes.

Baste como muestra de esta confusión, sin contar los casos favorables que quedaron firmes por falta de apelación fiscal, los precedentes de la Corte que analizaremos en este trabajo y que revelan en tres situaciones, otras tantas soluciones: a) en "Argenflora" hubo condena de la Cámara y confirmación por la Corte; b) en "Ayerza" la Cámara sobreseyó y la Corte revocó la sentencia y c) en "Cristalux" la Cámara condenó y la Corte aplicó el principio de la ley penal mas benigna.

La solución de la Corte nos genera un interrogante respecto de su aplicación para los casos ya resueltos en base al criterio opuesto. La cuestión es si podrá el condenado pedir la aplicación del principio mediante el recurso de revisión previsto en el artículo 479, inc. 5 del Código Procesal Penal, para los casos que "corresponda aplicar retroactivamente una ley penal mas benigna que la aplicada en la sentencia"³.

En un primer acercamiento al tema entiendo que si la pena de multa está pagada la situación jurídica ha quedado extinguida, de modo que no habría lugar a su revisión. Por el contrario, entiendo que el recurso sería admisible siempre para evitar los efectos de la reincidencia que llevan en materia penal cambiaria a la aplicación de la pena de prisión⁴. Entiendo asimismo que sería de aplicación a las multas no pagadas. Admito que se trata de una cuestión opinable pero llego a

ésta pues el concepto de "ley penal mas benigna" no se limita solo a la norma en sí misma, sino también a la interpretación judicial posterior, como consecuencia directa de los principios constitucionales de igualdad, equidad y razonabilidad.

Es muy importante advertir que la Corte Suprema rechazó la aplicación de esta doctrina en un caso de robo calificado⁵ ⁶, por entender que sus sentencias solo deciden el caso concreto sometido a su fallo y no obligan legalmente sino en él, en lo que consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa y la judicial⁷.

Hay otro aspecto que me resisto a calificar de "extra jurídico" y que es la antigüedad que registran los hechos llevados a conocimiento del Tribunal: a) en "Argenflora" el dictamen del Procurador alude a un requerimiento a la sumariada del año 1988, con lo cual los hechos seguramente ocurrieron varios años antes; b) en "Ayerza" no se infiere de la sentencia pero también es seguro que fueron anteriores a 1991; c) "Cristalux" se había iniciado por supuestas infracciones ocurridas entre los años 1983/1991, pero la sentencia de Primera Instancia declaró la prescripción de todas las anteriores al año 1991. En ese lapso mínimo quince años nuestro país convivió con hiperinflación (1989), férreo control de cambios (1982/1991), absoluta libertad cambiaria (1991/2001) y nuevamente control de cambios (2002 en adelante). Cualquiera sea la postura

3. En mi opinión corresponde la aplicación supletoria del Código de Procedimientos en Materia Penal que es lo que dispone la ley. Me parece un error la mención al Código de Procesal Penal de la Nación que efectúa el texto ordenado. De todos modos, en este caso la cuestión es meramente teórica pues el artículo 551, inc. 4^a del CPMP prevé el recurso de revisión contra las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada "...cuando una ley posterior haya declarado que no es punible el acto que antes se consideraba tal o haya disminuido su penalidad".

4. Dispone el artículo 2 de la ley : "Las infracciones previstas en el artículo anterior serán sancionadas con:a) Multa de hasta DIEZ (10) veces el monto de la operación en infracción, la primera vez;b) Prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años en el caso de primera reincidencia o una multa de TRES (3) a DIEZ (10) veces el monto de la operación en infracción;c) Prisión de UNO (1) a OCHO (8) años en el caso de segunda reincidencia y el máximo de la multa fijada en los incisos anteriores..."

5. Sentencia del 9 de octubre de 1990 en "V:J:C: y otros s/robo calificado" (V-77.XXIII).

6. Ver Bidart Campos, Germán J. "La revisión de una condena penal por cambio en la jurisprudencia de la Corte ("ley penal mas benigna, derecho judicial mas benigno e igualdad constitucional") en El Derecho T° 141, página 97.

7. La disidencia de los Dres. Fayt, Petracchi y Barra en la sentencia mencionada en la nota 3, se fundó los precedentes de la misma Corte según los cuales las "decisiones suyas que alteran sustancialmente la inteligencia de la legislación deben equipararse a cambios en ésta a fin de asegurar que la defensa en juicio sea una realidad en la República Argentina ...de lo contrario se daría una grave violación sustancial al privilegio de igualdad ante la ley y al derecho de defensa, análoga a la que procuro evitar esta Corte cuando admitió que aprovecharan a los apelantes recursos interpuestos por terceros, a los efectos de evitar el escándalo jurídico que supondría que quienes son autores de hechos de similar naturales, reciban un tratamiento por completo diferente, por virtud de alternativas procesales no imputables a los interesados..."

jurídica que se adopte al respecto, ninguna decisión pareciera justa, cuando llega después de tanto tiempo.

En lo esencial, la sentencia de la Corte Suprema vino a reconocer la aplicación de la norma más benigna en materia cambiaria y sus efectos sobre la ley penal cambiaria. La cuestión resuelta está referida a las normas penales en blanco en que la determinación de los actos susceptibles de sanción, sólo puede efectuarse mediante el examen de la reglamentación que integra la ley penal cambiaria.

La doctrina del fallo es novedosa y significativa. Lo primero porque nunca antes la Corte había reconocido la retroactividad de la ley más benigna en materia penal cambiaria, cuando no se había modificado el tipo legal o la pena⁸, y lo segundo porque produce un cambio en el criterio que el Tribunal venía manteniendo en la materia desde el precedente "Argenflora" del mes de mayo de 1997⁹, suscripto por siete de los nueve jueces de la Corte¹⁰. En el año siguiente en el caso "Ayerza" el Tribunal mantuvo la misma doctrina, pero con una modificación importante¹¹, ya que los Dres. Bossert y Petracchi que no habían votado en el anterior, lo hicieron en disidencia y, por su parte, los Dres. Fayt y Boggiano modificaron su criterio anterior y también votaron en disidencia.

En "Cristalux" los siete jueces de la Corte votaron en el sentido indicado, pero su fundamentación está remitida al voto de las disidencias en "Ayerza", de modo que es necesario revisar la totalidad de las sentencias.

La sentencia de la Corte se inscribe dentro de las normas del denominado control de cambios, del régimen de la ley penal más benigna y de las normas penales en blanco. Debemos referirnos a esos tópicos antes de entrar a la exégesis de esta importante sentencia.

II.- EL CONTROL DE CAMBIOS.

Desde el año 1931 se estableció un régimen sancionatorio país para las conductas violatorias del control de cambios que con distinta intensidad y variantes en su aplicación, rigió casi permanentemente en nuestro país. Las excepciones desde esa fecha han sido de relativa corta duración y luego fueron seguidas de nuevos controles.

Con la expresión "control de cambios" se designa indistintamente a las restricciones impuestas por el gobierno a la conversión, a la convertibilidad del dinero en otras divisas o a los ingresos o salidas de divisas del país. Dichas restricciones pueden consistir en la prohibición directa para realizar determinadas operaciones o en la exigencia de autorizaciones oficiales previas, expresas o genéricas, para las transacciones en moneda extranjera.

El concepto alude de este modo a las intervenciones gubernamentales directas en los mercados de cambios, que restringen o eliminan la libertad para comprar, vender, girar o ingresar divisas.

La aclaración anterior resulta necesaria para no incluir en el concepto a las actividades de vigilancia que en general los gobiernos realizan sobre el desarrollo de sus balanzas de pagos y también para diferenciarlos de otras medidas que influyen indirectamente en la demanda de moneda extranjera (entre otros, los derechos arancelarios cupos o contingentes, otras restricciones directas a las importaciones, impuestos especiales sobre la compra de activos externos).

El control de cambios ha estado vinculado normalmente a la escasez de las reservas en moneda extranjera, pero podría en teoría utilizarse para limitar un excedente de la oferta en divisas¹², controlar el endeudamiento externo y el

8. La sentencia de la Corte Suprema del 19 de abril de 1978 en "International Electric SCA", había reconocido la posibilidad de hacerlo.

9. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencia del 6 de mayo de 1997. "A.270. XXVII. Argenflora Sociedad en Comandita por Acciones - Argenflora Soc. de Hecho s/ infracción ley 19.359"

10. No suscribieron esta sentencia los Dres. Bossert y Petracchi.

11. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 16 de abril de 1998. "A.837. Recurso de Hecho. Ayerza, Diego Luis s/ infracción al régimen cambiario".

12. Ver Egon Sohmen. Economía Monetaria Internacional: tipos de cambios en Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, T° IV, Pág. 100. Edit. Aguilar. 1974. Madrid.

ingreso de capitales especulativos o por términos breves¹³.

Las manifestaciones de este instituto en nuestro país han sido variadas, mediante entre otras, la utilización conjunta o separada de la exigencia de concesión de permisos de cambio, el establecimiento de tipos de cambio diferenciales; la prohibición de comprar o vender moneda extranjera; de la obligatoriedad de vender al Banco Central las divisas obtenidas por las actividades comerciales o profesionales; de la sujeción a autorizaciones previas de los pagos al exterior o la suspensión de remesas de utilidades.

Para muchos el control de cambios es uno de los instrumentos de política económica, cuyo ejercicio permanente es consustancial a la actividad de los Estados. Para otros, la utilización de esta herramienta debería ser excepcional frente a verdaderas emergencias económicas. Es de interés transcribir la opinión de Roberto T. Alemann sobre este punto: *"El control de cambios invierte la regla. Lo permitido -la libertad de las transacciones cambiarias- se convierte en lo prohibido, con las excepciones permitidas y reglamentadas por la autoridad. Se trata de un régimen cambiario típicamente de emergencia. Una guerra externa o interna, una catástrofe de la naturaleza o una perturbación grave de las condiciones del mercado internacional de cambios, son factores que se reconocen generalmente como los justificativos para las normas de emergencia. Menos clara es la situación, frecuentemente invocada para implantar el control de cambios, de una crisis de pagos en un país, sobre todo si esa crisis no obedece a circunstancias ajenas al mismo, como las recién mencionadas, sino que es la consecuencia de la política económica propia de las autoridades"*¹⁴.

En una posición distinta Giuliani Fonrouge encontraba, en un antiguo ensayo, semejanzas entre el control de cambios y el sistema tributario y afirmaba: *"El control de cambios es de contenido esencialmente económico y corresponde*

*al moderno derecho financiero, por lo cual forma parte integrante del derecho público. La carga que pueda derivarse del control oficial no es un "impuesto" en el sentido técnico del vocablo, pero constituye un "tributo" que, como en el caso de las contribuciones a las Juntas Regulatoras, presenta caracteres específicos y puede ser calificado como una contribución especial con finalidades extrafiscales, principalmente de orden social y de regulación de la economía. Dentro de la moderna terminología financiera, podría ser incluido entre los ingresos "parafiscales" del Estado, que agrupa bajo esa denominación una serie de recursos complementarios determinados por el intervencionismo creciente de aquél, exigidos en forma compulsiva y que aparecen al margen del sistema fiscal propiamente dicho y del presupuesto."*¹⁵

En todos los casos la efectiva vigencia y aplicación del control de cambios requiere de la existencia de un organismo que desempeñe esa tarea, la que en nuestro país es desarrollada a partir de 1935 por el Banco Central de la República Argentina.

Interesa señalar en este trabajo que la Corte Suprema de Justicia admitió la validez de la delegación de funciones exclusivas e indelegables en dicha institución del denominado poder de policía bancario o financiero, así como las atribuciones otorgadas para aplicar un régimen legal específico, dictar normas complementarias, ejercer funciones de fiscalización de entidades y aplicar sanciones por transgresiones a dicho régimen (Fallos, 251-343; 275-265; 303-1776). Por lo demás, el mismo Tribunal ha destacado la trascendencia que reviste el control de cambios en la economía, de modo que las contravenciones o infracciones causan un daño consistente en la perturbación u obstaculización de la política económica y financiera del Estado (Fallos 205:531).

Finalmente es inherente a la eficacia del "control de cambios" la existencia de castigos para quienes eludan, burlan o directamente transgredan sus disposiciones. Para C. Jauregui y J.

13. En este aspecto el Decreto 616/2005. Resoluciones del Ministerio de Economía y Producción Ns. 365/2005 y 637/2005 y las Coms. A 4359 y 4360, que establecieron y regularon la constitución de un depósito anual no remunerativo sobre el treinta por ciento de ciertos ingresos de divisas del exterior.

14. "Alemann, Roberto, "Curso de Política Económica Argentina", Tº 2. pág. 91.

15. Giuliani Fonrouge, Carlos M. "Nuevo régimen en materia de infracciones al control de cambios" en la La Ley, Tº 56, pág. 803.

Pineiro el control de cambios es uno de los instrumentos del intervencionismo económico, lo que les permite afirmar que toda violación al sistema producirá una perturbación esencialmente económica concluyendo que tales transgresiones constituyen infracciones o delitos de ese carácter¹⁶.

III.- NATURALEZA DE LEGISLACIÓN REPRESIVA CAMBIARIA: LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO PENAL Y LA EXCEPCIÓN EN MATERIA DE LEY PENAL MÁS BENIGNA..

Se encuentra hoy superada la discusión que en algún momento dividió a la doctrina y a la jurisprudencia respecto a la naturaleza de las normas sancionatorias de las infracciones o delitos de carácter económico¹⁷.

Podemos hoy afirmar lo que parece obvio: que las normas represivas en materia cambiaria revisten naturaleza penal, según ello resulta de la tipificación de infracciones y delitos castigados con penas retributivas; de la aplicación supletoria de las disposiciones del Código Procesal Penal (art. 8º)¹⁸, de las disposiciones del libro Primero del Código Penal (conf. Art. 20) y hasta la deno-

minación oficialmente impuesta a las normas: "ley del régimen penal cambiario, texto ordenado 1995" (conf. Art. 1, decreto 480/95). Pero principalmente, esta conclusión deriva de la previsión en la ley de penas personales y de carácter retributivo, que se hacen efectivas mediante los órganos del Estado y con un procedimiento pre-fijado contra el autor del delito.¹⁹

La consecuencia práctica que se sigue de este postulado es que debe regir en toda plenitud el principio de legalidad según el cual sólo por ley en sentido estricto, esto es dictada por el Congreso de la Nación, se pueden establecer sanciones penales pues así lo mandan los arts. 18, 19, 23 y 29 de la Constitución Nacional

Como derivación del comentado principio general, se sigue la irretroactividad de las sanciones más gravosas, la prohibición de interpretación analógica²⁰, la necesidad de resguardar el principio del due process mediante la acción judicial amplia, la afirmación de que -la prescripción es de orden público y que debe ser declarada por los Tribunales aunque no haya sido requerida por los sumariados; la extinción de la acción penal por fallecimiento del imputado; la aplicación del principio de culpabilidad²¹ y el rechazo

16. Jáuregui, Carlos y Piñeiro, José. Régimen Penal de control de Cambios". Ediciones Arayú. Librería Editorial De Palma SACI. Buenos Aires, 1953, pág. XVII.

17. Se puede consultar respecto de esta evolución los trabajos de Ricardo C. Nuñez. "La aplicación de las disposiciones generales del Código Penal a las leyes penales administrativas (análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema)" en La Ley Tº 59 pág. 590. También puede consultarse Carlos M. Giuliani Fonrouge, "Doctrina de la Corte Suprema sobre multas por infracciones al régimen de control de cambios" en la Ley Tº 61, pág. 506.

18. La denominación del Código aplicable está tomada literalmente a los efectos de este trabajo del texto ordenado por el Poder Ejecutivo. En mi opinión es bastante discutible la aplicación de dicha norma, pues la referencia de la ley era al anterior Código de Procedimientos en Materia Penal.

19. Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tº II, pág. 347. Ed. TEA 1963. Buenos Aires.

20. Soler dice: "Lo que esta directamente prohibido no ya por lógica sino por la Constitución, es el acto de servirse de una incriminación para castigar un hecho que cae en la zona de libertad. Esto es lo que se llama analogía" (Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tº I, pág. 148, Ed. TEA, 1963. Buenos Aires).

La Corte Suprema tuvo oportunidad de referirse a estos principios en la sentencia dictada el 7 de agosto de 1984 en la causa "Alpe, S.R.L. y otros", en la cual el Procurador General, cuyo dictamen fue seguido en la sentencia, dijo: No corresponde en consecuencia, inhabilitar a la empresa, pues esa clase de sanción no estaba prevista para las personas jurídicas en el régimen el régimen legal de cambios vigente al momento de la comisión del ilícito y sólo se introduce por la posterior ley 22.338. Por lo demás, V.E. ha reconocido el carácter penal de las medidas a que vengo aludiendo (Fallos, 298-432), circunstancia que impide sostener que la mención a la multa efectuada por la ley sea meramente ejemplificativa. En este sentido cabe recordar que el art. 18 de la Constitución Nacional exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y las penas aplicables proscribiendo en este ámbito la interpretación analógica (Fallos, 237-636; 254-315; 301-395).

21. En casos análogos la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene declarado que "si bien puede existir en los casos de multas un interés de tipo fiscal en su percepción, esto no altera su naturaleza principalmente punitiva, de donde deriva la aplicación a la materia de los principios de derecho penal, según lo prescribe el artículo 4º del Código Penal" (causa Guillermo Miras, Derecho Fiscal, Tº XXIV - A pág. 576). En igual sentido, al sentenciar en la causa Alberto Bigio, el Alto Tribunal señaló que el interés fiscal en la percepción en las multas "...no les confiere carácter indemnizatorio puesto que la indemnización del daño por el delito es una consecuencia civil del ilícito penal, totalmente independiente de la especie de pena con que se sanciona el hecho punible. Que bajo estos supuestos, no sería ajustado a derecho extender la responsabilidad a hechos realizados por terceros, toda vez que ello importaría una lesión del principio de culpabilidad..."

de la responsabilidad objetiva por hechos realizados por terceros.

El art. 20 de la ley también ratifica la naturaleza penal al establecer que serán aplicables las disposiciones del Libro Primero del Código Penal, salvo cuando resultan incompatibles con lo establecido en la ley. Luego de establecer el principio general de la aplicación supletoria del Código Penal, el art. 20 en su segundo párrafo dispone, en lo que aquí interesas, que no resultará aplicable cuando se trate de la aplicación de la pena de multa el art. 2 del Código Penal, que reconoce, la retroactividad de la nueva ley más benigna.²²

IV.- LAS NORMAS PENALES EN BLANCO DEL DENOMINADO "RÉGIMEN PENAL CAMBIARIO". LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA.

Las normas dirigidas a prevenir y reprimir los ilícitos cambiarios actualmente vigentes, se denominan por el decreto 480 del 20-09-1995 como "**Ley de Régimen Penal Cambiario, texto ordenado 1995**". En realidad estas normas no son otras que las de la ley 19.359, con las importantes modificaciones de las leyes 20.184, 22.338 y 24.144. A su vez, la primera de las nombradas reconoce como fuentes a las disposiciones dictadas sobre la materia a partir de la década de 1930.

Las conductas reprimidas por la ley penal cambiaria se encuentran descriptas en los seis incisos del art. 1º a la que cabe añadir la figura de puro peligro contenida en el art. 17 inc. "b", para

el que viole una prohibición de salida del país. Ahora bien los dos últimos incisos del artículo 1, disponen las siguientes conductas punibles:

Inc. e): Toda operación de cambios que no se realice por la cantidad, moneda o tal tipo de cotización, en los plazos y demás condiciones establecidas por las normas en vigor.

Inc. f): Todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios.

Se trata de normas penales en blanco, pues como enseña Soler "este género de incriminaciones es frecuente sobre materia contravencional, pues en ella la "variabilidad de las circunstancias" hace imposible la minuciosa previsión de las infracciones, algunas de las cuales quedan definidas como desobediencias genéricas, limitándose la ley a señalar, en esos casos, cuales son las condiciones que facultan a la autoridad a llenar el blanco"²³.

La doctrina formuló en su momento fuertes críticas respecto a la tipificación genérica de las infracciones y delitos, mediante leyes penales en blanco y a la delegación otorgada al Banco Central de la República Argentina para integrar las normas penales²⁴.

Pero la Corte ha resuelto que la descripción del hecho punible por vía de reglamentaciones no supone atribuir a la administración la facultad indelegable del poder legislativo, tratándose por el contrario, el ejercicio legítimo de la potestad reglamentaria, discernida por el art. 99, inc. 2º de la Constitución Nacional, en relación con el art. 1º inc. e) de la ley 19.359.²⁵

22. Dicha norma dispone: "Si una ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley mas benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley.

En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho"

23. Soler, Sebastián.

24. En tal sentido Mario Micele señaló: "Los deberes jurídicos y los obligados o responsables no están expresamente establecidos en la ley, ni en la reglamentación; tampoco las normas integrativas son de conocimiento general ni tienen prolongada vigencia. El régimen cambiario en las relaciones comerciales y financieras afecta, en principio, un ámbito limitado de actividades regladas por resoluciones ministeriales y organismos fiscales y, además, circulares y comunicados telefónicos del Banco Central. Existen pues disposiciones no específicas y extrapenales cambiarias que condicionan el cumplimiento de un plexo de deberes jurídicos que se proyectan con efectos multiplicadores en el tiempo. Las circunstancias que los hechos ilícitos estén definidos en la ley con total generalidad y la dificultad de hallar la norma interpretativa específica, como igualmente la gravedad de las sanciones, las medidas precautorias, la prohibición de ausentarse del país por estar sumariadas las personas, la inseguridad de las operaciones de divisas o sus tenencias por parte de turistas que entran o salen del país, y otras cuestiones que el régimen no precisa con claridad, han sido analizadas tiempo atrás luego de promulgado el decreto ley 19.359 propiciando su reforma." (Régimen Penal Cambiario" en La Ley Tº 1975 - B Pág. 357).

25. "Fallos, 300-443 "S.A. Banco Tornquist y otros". La sentencia hacía referencia obviamente al artículo 86 inc. 2, vigente antes de la Reforma de la Constitución en 1994.

Otra controversia que se originó con estas normas penales en blanco es la relativa a la necesidad de que la reglamentación que integra el tipo legal estuviese vigente al momento de sancionarse la ley. También la Corte Suprema se ha pronunciado en este caso, sosteniendo que no puede pretenderse que se limite la operatividad de las circulares del Banco Central con respecto a aquellas que regían al entrar en vigencia la ley. Según la Corte "la voluntad legislativa es la de abarcar a las infracciones en el momento en que ellas ocurren, aunque la descripción reglamentaria de las conductas sancionables sea posterior a la ley.²⁶

V.- LA LIBERACIÓN CAMBIARIA DISPUESTA EN EL 1991 Y LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE LEY PENAL MÁS BENIGNA RESPECTO DE LOS HECHOS OCURRIDOS CON ANTERIORIDAD. LA EVOLUCIÓN DE LA CORTE SUPREMA HASTA "CRISTALUX".

La Corte Suprema adoptó distintos criterios respecto a la aplicación de la retroactividad de la norma más benigna. A su vez, dentro de esta evolución interesa señalar los casos ocurridos antes y después de la reforma de la Constitución del año 1994.

A. Antes de la reforma constitucional

La exclusión del principio de la aplicación de la ley penal más benigna gozaba de tradición jurídica ya que antes de la sanción de la ley 19359 en el año 1972, fue el criterio sentado por la mayoría en el Acuerdo Plenario dictado el 26-4-1968 en la causa "Enrique Blasco" por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. El principio fue receptado legislativamente en la citada ley 19.359 y se conserva

vigente hasta la fecha.

Es conveniente recordar que la restricción a la aplicación supletoria del art. 2° del Código Penal era además de interpretación común y generalizada respecto de las transgresiones a las normas de abastecimiento, precios y en general a las leyes de emergencia (Fallos: 192-312; 200-450; 243-276).

No obstante la vigencia de ese principio general, la Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse a favor de la aplicación supletoria del art. 2 del Código Penal, en los casos que se haya operado un cambio fundamental en la política económica, como consecuencia de la cual fueron desincriminados los hechos que dieron lugar a la infracción.²⁷

En materia específica cambiaria, la Corte Suprema dejó abierta en el año 1978 la posibilidad de pronunciarse en similar forma en aquellos casos en que se compruebe una derogación generalizada del sistema complementario que deje sin contenido sustancial el régimen de la ley represora, aunque en el caso concreto citado confirmó la sanción impuesta por el Banco Central en razón de no haberse verificado dichos presupuestos.²⁸ Es necesario destacar la importancia del precedente pues estaba ya vigente el artículo 20 de la ley que excluía dicha posibilidad.

En el año 1992, después del dictado de la ley de convertibilidad y de la liberación dispuesta en materia cambiaria, sostuve que se había producido el cambio sustancial y generalizado al que aludía la Corte en "International Electric SCA" y que en consecuencia correspondía la aplicación de las normas más benignas.

Para llegar a esa conclusión entendí que de prevalecer una interpretación literal del art. 20 de la LPC el principio de la ley penal más benigna no tendrá cabida en ningún supuesto, salvo en la hipótesis de modificación del tipo o de la pena. Pero tal método de interpretación no era a mi juicio el más apropiado.²⁹

26. Fallos 300-392, causa Daniel Hernández s/inf. Ley 19.359. La C.N. Penal Económico Sala II resolvió con fecha 18.10.1972 que el decreto 2581/64 integra la ley penal en blanco y sus disposiciones continuarían vigentes aún cuando haya sido reemplazada la ley básica.

27. CSJN: "Mario Cairo SACIA c/Ministerio de Comercio de la Nación s/Apelación" en La Ley 1976 - D -104 y "Scholnik s/Infracción ley 20.680" del 15-11-1977.

28. CSJN. "International Electric SCA", sentencia del 19-4-1978.,

29. Zunino, Gustavo. "Efectos de la eliminación del deber de ingresar y negociar divisas provenientes de exportaciones". Revista de Estudios Aduaneros del Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, Año II, Número 3. Primer Semestre de 1991.

En efecto, hemos dicho que la exclusión de la retroactividad de la ley más benigna fue introducido en 1972 por el Poder Ejecutivo mediante el decreto ley 19.359 (entonces era el art. 17) y su finalidad, al carecer la norma de discusión parlamentaria, sólo nos pudo ser aclarado por la exposición de motivos, la que sin embargo guarda silencio al respecto.

En realidad el principio estaba reconocido por la jurisprudencia y la doctrina al momento de sancionarse dicha norma, de modo que puede sostenerse que la ley no pretendió innovar sobre el alcance y efectos de ese principio. Era lo que entonces ocurría no sólo en materia cambiaria, sino en todas las leyes de emergencia, particularmente en materia de normas de abastecimiento. Mi opinión era que la ley quiso dispuso la exclusión de la ley penal más benigna, sin renegar por ello de los "standards" de interpretación aceptados sobre el tema.

Es que en caso de haberse apartado de los mismos debió al menos expresarlo en forma concreta y aclarar cuales eran las razones para hacerlo. Al no hacerlo "la solución justa del caso impone no aplicar rigurosamente las palabras de la ley con exclusión del indudable espíritu que las anima" (Fallos 235:453) y, sigue la Corte, "cuidando que la inteligencia que se la asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o el apego a la letra no desnaturalice que ha inspirado su sanción". En este caso la inaplicabilidad del principio regirá siempre y cuando no se produjese un cambio sustancial en las condiciones de punición.

A mi juicio el art. 20 de la LPC no podía ser interpretado de una manera que significase aislarlo del resto del ordenamiento jurídico y la interpretación literal de la norma llevaría a dicho apartamiento al consagrar una solución diferente de aquellas que el resto del ordenamiento prevé para casos de leyes similares de política económica y de emergencia.

Tal aislamiento no es admisible si no existe una fundada justificación, que en este caso ni siquiera había sido esbozada.

No hubo sin embargo ningún fallo de la Corte favorable a esta postura y tampoco de los tribunales inferiores.

B. Después de la reforma constitucional de 1994. El principio de ley penal más benigna adquiere jerarquía constitucional. Su alcance en materia de derecho transitorio y para la aplicación de la ley penal más benigna.

La reforma constitucional de 1994 provocó una modificación de los argumentos. Por un lado el principio de la ley penal más benigna adquirió rango constitucional, al estar previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.³⁰ Ambos fueron recibidos en el inciso 22 del artículo 75.

La cuestión tiene singular importancia ya que el artículo 20 de la ley penal cambiaria, que excluía la retroactividad de la norma más benigna, no podía prevalecer frente al principio constitucional, pero de todos modos, quedaba pendiente la controversia sobre si realmente las normas complementarias dictadas por el Banco Central o por el Poder Ejecutivo Nacional, integraban el concepto de ley penal más benigna.

La doctrina de la sentencia en la causa "Argenflora"

En este juicio la Corte sostuvo en el mes de mayo de 1997³¹ que las normas de los tratados internacionales mencionados no guardaban relación directa con la controversia, toda vez que no se había producido una modificación del tipo penal del artículo 1, inciso "e" de la LRPC, que se encuentra vigente, ni una reducción o eliminación de la pena.

Los fundamentos del fallo remiten a la jurisprudencia de la Corte según la cual "las variaciones de la ley extrapenal que complementa la ley penal en blanco, no dan lugar a la aplicación de

30. En forma idéntica disponen: "Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

31. El fallo fue suscripto por los Dres. Nazareno, Moline O'Connor; Fayt, Belluscio, Boggiano, López y Vázquez.

la regla de la ley más benigna, cuando ese complemento de la norma penal es un acto administrativo concebido por ella misma como de naturaleza eminentemente variable."

Sostiene que la Corte que las variantes reflejan sólo circunstancias de hecho, cuya desaparición luego de cometido el delito en nada influye sobre la punibilidad de éste. Así, en el criterio del Tribunal, la desaparición del control de cambios en el año 1991 sólo regía para el futuro y no importó la desincriminación de conducta alguna.

El fallo advierte que la aplicación indiscriminada del principio de la retroactividad de la ley más benigna, importaría despojar a la ley de toda eficacia, dado el ritmo vertiginoso del proceso económico y las modificaciones que provoca en las disposiciones aplicables.

Finaliza el Tribunal sosteniendo que la relevancia de las normas de control de cambios exige que se otorgue igual tratamiento a quienes se encontraban en la misma situación, de modo que la eventual aplicación de la pena se vea condicionada a la existencia o no de esas circunstancias.

- La sentencia en la causa "Ayerza". Importancia de las disidencias.

En abril de 1998 la Corte dictó sentencia en la causa "Ayerza, Diego Luis" en la que se aplicaron los mismos principios que en "Argenflora" a la que se remite. Pero este caso no se resolvió por unanimidad, ya que prevaleció la mayoría³² por cinco votos a cuatro.

Interesa aquí exponer entonces los fundamentos de la minoría integrada por los Jueces Dres. Fayt, Boggiano y Bossert (que emitieron un mismo voto) y el Dr. Petracchi, que voto según sus propios fundamentos.

En primer lugar analiza el alcance del principio de retroactividad de la ley penal más benigna contemplado en los artículos 9 del Pacto de San

José de Costa Rica y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Con fundamento en los trabajos preparatorios de este último, sostiene que no corresponde la aplicación de este principio en las leyes especiales, temporales o de emergencia, pues al ser concebidas para regular situaciones eminentemente variables quedarían desactualizadas rápidamente por disposiciones posteriores y resultarían inocuas para proteger el bien jurídico para el que fueran sancionadas.

Teniendo en cuenta dicho principio, la Corte recuerda que el principio no era procedente cuando el régimen penal especial era de carácter temporario o excepcional.³³ Pero diferencia esta situación de aquella que se produce cuando las normas reglamentarias que derogaban el régimen anterior, revelaban una nueva orientación de la política económica, que implicaba una derogación del régimen represivo que daba sustento a aquél³⁴. Recuerda el fallo que este principio antiguamente adoptado (ver notas 20 y 21 de este trabajo), había sido abandonado en Argenflora.

Señala que la doctrina sentada en Argenflora debe ser revisado ya que no existen razones para excluir a las leyes penales en blanco del principio, pues en éstas sin una variación formal aparente del tipo penal, su contenido resulta modificado por la norma extrapenal. Ello porque estas leyes no pueden concebirse completas sin la normativa de complemento.³⁵

Añade que deben diferenciarse los casos de cambios de circunstancias de aquellos que existe realmente un cambio en la valoración. En el caso examinado en el fallo se trataba de la derogación total de un régimen de control que se había mantenido por casi treinta años, sustituyéndoselo por un marco de libertad.

Para el Dr. Petracchi la recepción constitucional del principio impide considerar genéricamente excluida cierta rama del derecho de esa garantía, pues sería contraria al propósito de interpre-

32. Los votos de la mayoría fueron de los Dres. Nazareno, Moline O'Connor, Belluscio, López y Vázquez.

33. El Dr. Petracchi sostiene que en el caso Ayerza no se trataba de un régimen penal temporario, sino que debe resolverse si las mutaciones producidas en la normas que complementan las leyes penales en blanco, ponen también en funcionamiento el principio de la ley penal más benigna.

34. Doctrina citada en Mario Cairo, Schcolnik e Internacional Electric SA.

35. En sus fundamentos el Dr. Petracchi desarrolla las razones por las que no correspondía la aplicación de los precedentes que fundaron Argenflora: "Cerámica San Lorenzo ICSA" Fallos 311:2453 y "San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales s/presuntas infracciones tarifarias", Fallos 317:1541.

tación amplia contenido en las Convenciones. Así, la cuestión relativa a las normas penales en blanco debía diferenciarse de la situación prevista en los regímenes penales temporarios. Cita la doctrina contenida en la sentencia dictada por el Tribunal Federal de Alemania del 8 de enero de 1965, según la cual rechazar la aplicación del principio de manera general haría depender la aplicación a la técnica legislativa elegida pudiendo producir resultados injustos. Por otro lado, la norma en blanco deviene "ley penal" por el correspondiente supuesto de hecho de la norma complementaria, sin el cual la amenaza penal en blanco sería inoperante. Es por ello que "para la cuestión de la ley penal mas benigna interesa la situación jurídica total de la que depende la pena" (subrayado en el original).

- La sentencia en "Cristalux"

El Tribunal en su actual composición resolvió la aplicación del principio, fundándose en el voto en la disidencia mencionada del juez Petracchi en la causa "Ayerza", mientras que el Dr. Fayt y

la Dra. Argibay, según sus propios votos, lo hicieron a la disidencia de él mismo y de los Dres. Boggiano y Boasert. Todos ellos ya analizados en este trabajo.

La sentencia de la Corte Suprema nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

a) A pesar del artículo 20 de la LRPC rige la aplicación del principio de la ley penal mas benigna, cuando se hubiere modificado la pena o el tipo legal. Ello por aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica y 15 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, que prevalecen sobre la LRPC (artículo 75 inc. 22);

b) la simple modificación de las normas complementarias dictadas por el Poder Ejecutivo o por el Banco Central de la República Argentina no origina en principio la aplicación de la ley penal mas benigna, salvo cuando se ha producido un cambio sustancial y general en la valoración de las conductas de la LRPC, de modo que pasó a estar permitido o libre lo que antes estaba prohibido o regulado.